

GABRIELE MARRA

Dipartimento di scienze giuridiche  
Università di Urbino “Carlo Bo”

*LEGALITÀ E LEGITTIMAZIONE DEL DIRITTO PENALE.*

*Una lezione antica per un problema modernissimo? \**

SOMMARIO: 1. Esigenze di legittimazione. 2 – Percorsi di legittimazione. 3. – Prospettive Costituzionali o promesse non mantenute. 4. – Epistemologia generale e filosofia del garantismo penale. – 5. Pragmatismo garantistico. – 6. Democrazia discorsiva e “verità fattuale”. – 7. Conclusioni.

1 – *Esigenze di legittimazione.* L’istituzione, nel 1509, di un corso “*ad lecturam quotidianam criminalium*” intercetta un bisogno pratico, ben chiaro al titolare della cattedra (“*parum prodest habere teorica ipsarum causarum criminalium sine practica*”), e viene incontro a motivi di lucro professionale (“*valde lucrosam*” è infatti la trattazione forense degli affari penali, secondo l’opinione che Ippolito de’ Marsili trasmette ai suoi discenti). Risponde però anche ad una sentita necessità di legittimazione della materia<sup>1</sup>. Con la progressiva diffusione dell’insegnamento in pressoché ogni istituzione universitaria<sup>2</sup>, il “primato bolognese” sembra infatti consolidarsi all’insegna di plurime istanze fondazionali, strumentali: (i) all’incipiente appropriazione dello *ius criminalis* da parte di sempre più egemoni istituzioni pubbliche; (ii) alla valorizzazione dei nuovi canoni

---

\* Le riflessioni che seguono sviluppano il filo di un intervento orale svolto nell’ambito di un incontro di studio organizzato a Bologna per celebrare il cinquecentenario dell’istituzione della prima cattedra penalistica ed il suo stabile inserimento nel corso di studi dell’*Alma Mater Studiorum* di quella città. Un sentito ringraziamento per la lettura critica che maestri, colleghi e amici hanno condotto su una precedente versione di queste note e, segnatamente, ai Prof.ri Lucio Monaco, Alessandro Bondi, Filippo Marra, Ulrico Agnati e, *last but not least*, Anna Maria Giomaro.

<sup>1</sup> F. CORDERO, *Criminalia*, Laterza, Roma-Bari, 1985, p. 291.

<sup>2</sup> Ad esempio, lo studio pubblico urbinato offre, sia pure in modo estemporaneo, letture in materia criminale a partire dalla seconda metà del XVII sec. La prima cattedra stabile “dell’*Instituta Criminale*” venne invece istituita solo nel 1716. Cfr. F. MARRA, *Chartularium*, Università degli studi di Urbino, Urbino, 1974, voll. I e II, rispettivamente p. 53; p. 237 s.

della conoscenza propri della pratica epistemica dell'umanesimo<sup>3</sup>; (iii) al controllo di una prassi, quella del diritto penale comune, dimostratasi fonte di abusi e durezza ritenute non più consone all'ormai mutato quadro antropologico<sup>4</sup>.

Nonostante la varietà degli accennati referenti impedisca una convincente trattazione unitaria, un'approssimazione sintetica sembra tuttavia possibile, nel segno della razionalizzazione dell'esistente normativo e dell'autonomizzazione delle sue logiche operative. Un impegno che trova nell'astrazione categoriale e nell'argomentazione deduttiva due essenziali strumenti per costruire il sapere giuridico in edificio sistematico – sforzo destinato ad essere di lì a poco consacrato nella riflessione deciana sui *generalia delictorum* – e, in un'ottica di più lungo periodo, a gettare le basi della scienza penalistica moderna.

Quella che prende idealmente avvio con l'istituzione della cattedra bolognese è una sensibilità destinata però a convivere, tra l'altro, con la persistente vitalità del diritto penale medievale e, quindi: (i) con la sua vocazione casistica; (ii) con la sua preponderante sensibilità materialistica (*constare corpus delicti*); (iii) con il crisma sapienziale che al decisore deriva dall'esperienza giudiziale<sup>5</sup>; (iv) con la centralità che in esso riveste la capacità dell'interprete di leggere i fatti sottoposti alla sua attenzione e di così garantire una costante capacità di adeguamento dell'ordito normativo alle esigenze della realtà empirico-sociale<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Oltre alla centralità dell'uomo nel disegno della natura, la riflessione degli umanisti consegna, anche alla scienza giuridica, una filosofia che affina una conservativa metodologia dialettica e sistematica quale metodo di conoscenza, mentre getta le basi per la rivoluzione che si compirà “dopo il sedicesimo secolo” con l'emersione dell’“esperienza e del fatto empirico” quali imprescindibili fonti di conoscenza dei fatti naturali e sociali. Cfr., rispettivamente, M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 54 ss.; P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, Laterza, Bari-Roma, 1997, p. 41 ss.; W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, Il Saggiatore, Milano, 2008, p. 226 s. (anche per la citazione)

<sup>4</sup> Nelle *Lecturae* marsiliane si leggono, oltre a vibranti invettive contro l'arbitrio giudiziale (“*apud eos quod placet licet*”), pressanti esortazioni a circoscrivere i casi puniti con la morte, inviti a comminare pene non draconiane e “a perdonare quando si può”. Così M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del diritto penale egemonico, Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 244, nt. 38 e, per la citazione di Ippolito de' Marsigli, p. 251.

<sup>5</sup> Sul punto sono ancora fondamentali le osservazioni di M. WEBER, *Economia e società*, vol. III, Edizioni di Comunità, Milano, 1995, p. 6 s.; p. 111 ss.

<sup>6</sup> Sensibilità che a partire dell'influente opera di Alberto da Gandino rivoluziona una esperienza millenaria, enucleando le condizioni per il definitivo superamento del ‘di-

Convivenza affatto piana, segnata però da una comune propensione alla già menzionata esigenza di razionalizzazione dei materiali normativi. Istanza la cui affermazione, sebbene perseguita con diversità di strumenti logico-operativi e di prospettive, risulta indubbiamente facilitata dall'assenza di quei presupposti legalistici che saranno invece egemoni nell'esperienza penalistica moderna<sup>7</sup>.

2 – *Percorsi di legittimazione*. Chi osservi retrospettivamente le dinamiche evolutive dell'esperienza criminalistica, ben sa che l'affermarsi del monopolio statale nell'uso della forza, conseguenza necessaria anche della compiuta secolarizzazione del concetto di sovranità, condannerà a rapida obsolescenza le componenti pratiche del sapere giuridico, ben prima dell'interdetto nei loro confronti pronunciato dalle voci più autorevoli dell'illuminismo giuridico: impegnate, per ragioni che sono, al contempo, deontologiche<sup>8</sup> ed epistemologiche<sup>9</sup>, in una critica che si rivelerà de-

---

ritto penale privato'. Cfr., per tutti, la suggestiva analisi svolta da M. SBRICCOLI, "Vidi Communiter Observari". *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 73 ss.; spec. p. 84 ss.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Bari-Roma, 1995, p. 39 ss.; M. SBRICCOLI, *Giustizia penale*, (a cura di) M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 173 ss.; M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 20 ss.; M. BELLABARBA, *La giustizia nell'Italia moderna*, Laterza, Bari-Roma, 2008.

<sup>8</sup> È decisiva, in questa prospettiva, l'esigenza di salvaguardia delle fondamentali ragioni di garanzia individuale.

<sup>9</sup> In quest'ottica, ad essere decisiva è, invece, la necessità di colmare il profondo fossato che separa i canoni metodologici propri dello studio e della prassi del diritto – ispirati al principio di autorità e plasmati da un pervasivo riferimento al senso comune – dai progressi registrati nei metodi razionali di conoscenza dei fatti naturali e sociali. Fanno fede, in proposito, le pagine del *Giudizio di un celebre professore sopra il libro Dei delitti e delle pene*, attribuibili a Giovanni Gualberto Soria e pubblicate unitamente all'opera del Maestro milanese a partire dalla terza edizione del 'libello' di quest'ultimo. Giudizi che meritano di essere richiamati, anche per attestare quanto osservato nelle precedenti note in merito all'afflato umanistico che segna i progressi della riflessione sui sistemi penali. Il Carli accosta, infatti, l'opera di Beccaria all'attitudine del "gran Galileo" di giudicare i "soggetti morali [...] suscettibili di dimostrazione niente meno che" degli enti geometrici, scavando, al contempo, un insormontabile fossato tra Beccaria ed Hobbes – autore di opere che "sono vestite con le uniformi delle matematiche, senza averne lo spirito" – per essere quest'ultimo un "ostichissimo misantropo" che con il suo *Leviatan* legittima un "dispotismo elevato all'infinito". L'opera di Beccaria, giudicata pervasa da galileiano "spirito geometrico senza [però] averne la livrea", è invece, ritenuta espressione del senso di umanità di un "filantropo umanissimo". Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) F. Venturi, Einaudi, Torino, 1965, p. 198 ss.

finitivamente demolitoria dell'intera prassi del diritto penale comune e della teoria del diritto penale dell'obbedienza proprio dello Stato assolutistico<sup>10</sup>. Un'azione riformistica che, permeata di filosofia sensistica ed ispirata dai rigorosi dettami metodologici della filosofia della natura<sup>11</sup>, travolgerà anche il deduttivismo concettuale quale esclusivo criterio di legittimazione della conoscenza del diritto e quale strumento elettivo per garantirne la certezza<sup>12</sup>.

Nonostante la consapevolezza dimostrata dai protagonisti del secolo dei Lumi in ordine al fatto che la “bontà delle leggi penali” – dalle quali “dipende principalmente la libertà del cittadino”<sup>13</sup> –, richiede una costante discussione critica sui fondamenti empirici della legislazione penale e non meno pregnanti verifiche razionali sul grado di adeguatezza delle stesse rispetto alle esigenze degli individui e dell'organizzazione sociale, l'irruzione di nuove contingenze storiche, il consolidarsi di mutamenti politico-istituzionali e di svolte nella rappresentazione antropologica sono i fattori che, agendo sinergicamente, concorrono ben presto a ridimensionare la centralità delle componenti empirico-sociali della legalità penale<sup>14</sup>. Si apre così la strada verso un rigoroso garantismo delle regole, la cui affermazione, pur essenziale al contenimento “delle tendenze espan-

<sup>10</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) A. Burgio, Feltrinelli, Milano, 1991, §§ I; VI; XIV; XXI; XXXIV; P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, cit., p. 3 ss.

<sup>11</sup> F. VENTURI, *Settecento riformatore*, Einaudi, Torino, 1969, p. 645 ss.

<sup>12</sup> B. INGRAO / G. ISRAEL, *La mano invisibile*, Laterza, Bari-Roma, 2006, p. 34 ss.; M. STOLLEIS, *The legitimation of Law through God, Tradition, Will, Nature and Constitution*; H. MONHNHAUPT, 'Lex certa' and 'ius certum': the search for legal certainty and security, (eds) L. Daston / M. Stolleis, *Natural Law and Laws of Nature in early modern Europe*, Ashgate, Farnham, 2008, rispettivamente p. 45 ss.; p. 75 ss.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (a cura di) S. Cotta, Utet, Torino, 2005, p. 321.

<sup>14</sup> In proposito, si leggano le osservazioni di M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit*, cit., p. 240 s. in merito al ruolo che lo “smascheramento [...] dei conflitti che non hanno dimensione penale” riveste nell'economia complessiva dello sforzo prodotto dalla scienza penalistica in direzione di una “autonomia del diritto penale”. La circostanza che tale operazione finisca, ad esempio nella riflessione di Tiberio Deciani, per realizzarsi in un “lavoro di produzione di diritto per mezzo di diritto”, non è sufficiente per condannare all'oblio il rilievo critico che la dimensione empirico-sociale dei conflitti considerati e degli effetti delle soluzioni escogitate per porvi rimedio riveste nella “lotta” per la legalità del penale. Cfr. M. PIFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 110. Sul profilo da ultimo discusso cfr., più in generale, U. AGNATI, *Fondamenti del diritto europeo. Le origini*, Monte Università Parma editore, Parma, 2008, p. 128 s.

sionistiche del potere”, avviene a discapito della ricerca di “limiti sostanziali giuridicamente opponibili al sovrano”<sup>15</sup>. Un’affermazione che finisce altresì per confinare la competenza conoscitiva della scienza giuridica entro l’orizzonte normativo auto-referenziale di un’esegesi di breve respiro e per limitare i compiti del pensiero sistematico, per riprendere una più recente metafora, alla collocazione del mobilio nella stanza già completamente arredata dalla legge<sup>16</sup>.

3 – *Prospettive costituzionali e promesse non mantenute*. L’avvento dello stato costituzionale, i cui precetti e programmi di scopo sono il punto di avvio di un altro ben noto primato bolognese *in criminalia*<sup>17</sup>, modifica almeno in parte questa situazione, nella misura in cui si adopera: (i) per superare il formalismo dell’imperativo deontologico del più ortodosso positivismo giuridico (*Gesetz ist Gesetz*) e per svincolare, quindi, la razionale ricerca del fondamento legittimante la norma penale dall’ipoteca positivistica della legge quale espressione della contingente volontà politica; (ii) per rivitalizzare la vocazione critico-fondativa propria della scienza giuridico-penale, alla quale si riconosce il compito di esercitare una costante opera di controllo della legittimità delle scelte punitive formalizzate dall’Autorità<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, n. 36, t. I, p. 2 ss.; p. 14 (per la citazione). Significativo l’incipit del monumentale *Trattato* di Vincenzo Manzini, ove si legge, fin dalla prima edizione, che “la concezione positiva del diritto penale, alla quale noi esclusivamente ci atterremo, considera questo come un sistema di norme, che si forma e opera esclusivamente nell’ambiente dello Stato, [...] mai fuori di esso”. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Bocca, Torino, 1908, p. 2.

<sup>16</sup> Stando ad una comune chiave di lettura, la riflessione di Arturo Rocco, ‘costellata’ da molteplici riferimenti ‘teologici’ alla legge quale espressione secolare di una rarefatta eticità statuale, deve considerarsi in proposito esemplare. Cfr. *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, *Opere giuridiche*, vol. III, Il Foro italiano, Roma, 1933, p. 261 ss. Per una lettura ‘disallineata’, che recupera il rilievo che l’empiria e la filosofia sperimentale rivestono nel processo di legittimazione del diritto penale tratteggiato nella prolusione sassarese, si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011. Di rilievo sono anche le notazioni di sintesi sviluppate da P. GROSSI in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860/1950*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 86 ss.; p. 256 ss.

<sup>17</sup> F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, 1973, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I / t. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 539 ss.

<sup>18</sup> F. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, p. 697.

Uno sforzo prezioso che, nonostante la cognizione dell'acutezza dei problemi in gioco<sup>19</sup>, si è però generalmente arrestato al momento di riprendere il filo del discorso, a suo tempo interrotto, per fare spazio all'imperatività del comando sovrano<sup>20</sup>, concernente i rapporti tra interpreti e substrato fattuale delle regole giuridiche e con le istanze avanzate dalla prassi applicativa nei confronti della scienza del diritto penale sostanziale. Tema, quest'ultimo, al quale solo di recente la scienza penalistica ha prestato quell'attenzione che continua invece a non tributare alla questione della "scienza penalistica integrata"<sup>21</sup>; da molti invocata quale tratto saliente di un sistema penale sensibile ad una "idea dello scopo" costituzionalmente orientata; da altrettanti al più relegata ad una postilla nell'agenda di lavoro della scienza penale: da tutti però considerata poco più che un'immagine archetipica del diritto penale autenticamente preventivo. Ritardi e silenzi sui quali ha pesato una scarnificata considerazione del principio di legalità: fatto coincidere con la sola normatività della regola di condotta formalizzata<sup>22</sup> o valorizzato, al momento di categorizzare i rapporti tra norma ed interprete, secondo i dettami di una rigida logica gerarchica, suggestiva della classica iconografia concettuale del giudice bocca della legge e, pertanto, proposta come argomento di per sé dirimente la questione.

4 – *Epistemologia generale e filosofia del garantismo penale*. Con tutte le cautele ed approssimazioni del caso sembra tuttavia potersi riconoscere un filo rosso tra l'ormai conchiusa esperienza storica e l'attualità del presente. Un filo che si dipana all'insegna di due evocative parole d'ordine: legittimazione ed esperienza. Endiadi che può essere sciolta identificando la più intima natura della riflessione scientifica sul diritto penale nella costante ricerca di canoni di legittimazione della norma penale adeguati alla realtà dell'organizzazione sociale nella quale è chiamata ad operare<sup>23</sup>. Una riflessione sensibile ai presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione ed ai costituenti empirici delle regole di imputazione, orientata

<sup>19</sup> F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, *Scritti di diritto penale*, vol. II / t. II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1258 ss.; ID., *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, *ivi*, p. 1585 ss. ma spec. p. 1604 ss.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 28 ss.

<sup>21</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>22</sup> Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945<sup>2</sup>.

<sup>23</sup> G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Civitas, Madrid, 2008, p. 22 s.

alle conseguenze e non ignara delle esigenze applicative<sup>24</sup>: attenta a quelle premesse di senso comune che tanta parte giocano nella fisiologia di ogni sistema penale, ma altresì consapevole dell'esigenza di una costante verifica dei fondamenti razionali del merito di siffatte regole e delle loro modalità di impiego<sup>25</sup>. Prospettiva che non ha nulla di paradossale, neppure adottando come metro di lettura una rigorosa prospettiva epistemologica: è vero infatti che la conoscenza scientifica ben può essere intesa come un "raffinamento del nostro senso comune" (Albert Einstein)<sup>26</sup>.

5 – *Pragmatismo garantistico*. Un impegno al quale, ieri come oggi, la scienza penalistica deve dedicare le sue preziose risorse, anche in proporzione al maturarsi della consapevolezza in ordine all'ormai intervenuto ridimensionamento del primato della legge e, quindi, alla crisi che investe il principio di legalità: da tempo conclamata nella sua dimensione critica<sup>27</sup>, ma oggi sempre più chiaramente avvertita anche nella prospettiva di garanzia della certezza delle libere scelte di azione dei destinatari del precetto<sup>28</sup>. Recessione eziologicamente riconducibile: (i) al decentramento regolativo che fa da sfondo a larga parte della legislazione penale complementare: frammentazione che gli interpreti non possono ignorare, se non altro in ragione del peculiare rapporto di accessorietà che la norma penale qui instaura con l'universo extrapenale (ad es: sicurezza sul lavoro); (ii) alla massiccia influenza sulle scelte di criminalizzazioni di un variegato fascio di fonti di derivazione sovranazionale dichiaratamente ispirate a pragmatiche logiche di effettività (ad es: contrasto al riciclaggio e agli abusi del mercato finanziario); (iii) all'evoluzione dei rapporti sociali e della dinamica della loro auto-organizzazione: premesse che spiegano, tra l'altro, il proliferare di fattispecie incentrate sulla violazione di *standard* auto-disciplinati, di cui le più moderne ipotesi di responsabilità per colpa costituiscono esaustiva esemplificazione (responsabilità medica *post*

---

<sup>24</sup> Volendo si consenta il rinvio a quanto osservato in Ga. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale? Metodo ed empiria del canone dell'extrema ratio*, Aras, Fano, 2012 (anche per gli ulteriori riferimenti).

<sup>25</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, v. 36, t. II, p. 1287 ss.

<sup>26</sup> W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 68 ss.

<sup>27</sup> W. NAUCKE, *Die zweckmäßige und die kritische strafgesetzmäßigkeit, dargestellt an den lehre J.P.A. Feuerbach (1775-1832)*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 36, t. I, 2007, p. 321 ss.

<sup>28</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1282 ss.

art. 3 l. n. 189/2012; Dlgs n. 231/01). Una crisi che rimanda l'immagine di un diritto penale incerto ed inefficace<sup>29</sup>, strutturalmente permeato da amplissimi spazi di discrezionalità per i suoi interpreti – margini che la “pretesa del metodo” non è più in grado di controllare, perché “un diritto arbitrario non può generare una scienza assoluta; un diritto fortuito e variabile non può esprimere dottrine generali”<sup>30</sup> – e, di conseguenza, sempre più esposto, in potenza, agli arbitrii dei decisori: è invece sicuro che la quotidianità penalistica appare lontana dagli ideali di certezza promessi all'atto del riconoscimento dell'esclusiva primazia della legge generale ed astratta nel decretare i fatti costituenti reati. Un nodo gordiano che solo può essere sciolto scendendo anche “al livello basso e sicuramente sgradevole dell'esperienza”<sup>31</sup>, allo scopo attrezzando lo strumento del giurista con i mezzi di indagine indispensabili per leggere quella realtà. Capaci, quindi, di fare emergere la sostanza e l'adequatezza delle valutazioni di politica-criminale che, inevitabilmente, plasmano decisioni di tale natura ed altresì idonei a sottoporre quegli esercizi applicativi ad un costante vaglio di razionalità, altrimenti irraggiungibile<sup>32</sup>. L'integrazione della riflessione sul diritto penale con le conoscenze proprie delle scienze sociali cessa così di essere un sogno scientifico per divenire, unitamente ad una maggiore attenzione alle conseguenze<sup>33</sup>, componente essenziale di una legalità penale capace di soddisfare appieno la sua ineliminabile funzione garantistica, nel quadro di uno sfondo teleologico che ha ormai internalizzato la rivoluzionaria “idea dello scopo”<sup>34</sup>.

6 – *Democrazia discorsiva e “verità fattuale”*. Un compito urgente ma irto di difficoltà: prima fra tutte la necessità di sottrarsi al sospetto che, così operando, la scienza penalistica finirebbe per interloquire “*in nume-*

<sup>29</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, Riv.it. dir. proc. pen., 2001, p. 1193 ss.

<sup>30</sup> N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 40 s.

<sup>31</sup> P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, n. 35, t. II, 2006, p. 1049.

<sup>32</sup> G. KAISER, “*Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*” aus der Perspektive der Kriminologie, (hrsg) U. Sieber / H. J. Albrecht, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 72 ss.

<sup>33</sup> W. HASSEMER, *Entwicklungslinien des deutschen strafrechts von nachkriegszeit bis heute*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 2007, n. 36, t. II, p. 1229 ss.

<sup>34</sup> L. MONACO, *Prospettive dell'“idea dello scopo” nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1984.



*re alieno*". Si è infatti giustamente osservato che "se così [...] pensassimo di poter operare, come studiosi di diritto penale finiremmo con l'accollarci una funzione di vera e propria *supplenza* nei confronti delle istituzioni politiche, per la quale ci mancherebbero sia le forze, sia la legittimazione democratica"<sup>35</sup>. Un complesso interrogativo 'moderno' sulla qualità della democrazia in genere, ed in specie sulle prospettive ed i limiti del costituzionalismo (penale)<sup>36</sup>, che all'antico titolare della cattedra bolognese di *ius criminalis* era invece risparmiato dalla profonda diversità dello schema ordinamentale che faceva da sfondo alla sua riflessione. Una diversità che qui interessa sottolineare per la sua capacità di imporre restrizioni all'utilizzo, da parte della scienza giuridica, di parametri argomentativi dotati di intrinseca forza cogente, irriducibili, però, al dettato della volontà sovrana, quale è, secondo una limpida lezione, la "verità di fatto"<sup>37</sup>.

7 – *Conclusioni*. Quale che sia il giudizio che si intende dare dei rapporti tra democrazia e diritto penale dovrebbe comunque essere chiaro che il momento di composizione non può essere rinvenuto solo nella formalità del comando legale quale veicolo della volontà della maggioranza. Diversamente, si scambierebbe una parte (la legalità dell'intervento punitivo) con il tutto (la legittimità della norma penale): la sintassi necessaria ad ogni esercizio interpretativo non arbitrario con le regole che definiscono la semantica delle relazioni tra norme e fatti, dalle quali dipende il grado di complessiva razionalità dei risultati dell'impegno ermeneutico. Obiettivo, quest'ultimo, al cui costante perseguimento la Costituzione vincola l'impegno della *scientia juris*. Compito per il cui svolgimento la più sensibile filosofia della politica indica, quale essenziale strumento di lavoro, l'attenzione "alla solida stabilità della realtà fattuale" che nella "sua ostinatezza è superiore al potere"<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 36, t. II, 2007, p. 1276 s.

<sup>36</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 11; p. 23 s.; p. 161 ss.

<sup>37</sup> H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 45 s.

<sup>38</sup> H. ARENDT, *Verità e politica*, cit., 70. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, p. 86 ss.; p. 185 ss.; W. NAUCKE, *Die sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts*, (hrsg) W. Hassemer / K. Lüderssen / W. Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, p. 33.